

# **PÅLEGG OM SÆRSKILTE PLIKTER FOR TILBYDERE MED STERK MARKEDSSTILLING ETTER EKOMLOVEN**

Kandidatnr: 322

Veileder: Tarjei Bekkedal

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen (12 645) ord

22.10.2007

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
<b>1.1</b>	<b>Hovedproblemstilling og avgrensning.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Emneplassering .....</b>	<b>2</b>
<b>1.3</b>	<b>Begrepsbruk .....</b>	<b>3</b>
<b>1.4</b>	<b>Rettskilder .....</b>	<b>4</b>
<b>1.5</b>	<b>Oversikt over den videre fremstilling.....</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>GENERELT OM SEKTORSPEISIFIKK REGULERING AV ELEKTRONISK KOMMUNIKASJONSSEKTOR .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2</b>	<b>Den nasjonale tilsynsmyndighet .....</b>	<b>9</b>
	2.2.1 Post- og teletilsynets rolle og myndighet .....	9
	2.2.2 Særskilt om ekomlovens klageordning .....	10
<b>2.3</b>	<b>Prosedyre for regulering av tilbydere med sterk markedsstilling.....</b>	<b>11</b>
	2.3.1 Oversikt.....	11
	2.3.2 Definerings av relevante markeder .....	12
	2.3.3 Utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling .....	14
	2.3.4 Ekomlovens § 3-4 – plikter for tilbydere med sterk markedsstilling .....	14
<b>3</b>	<b>FØRINGER PÅ TILSYNSMYNDIGHETENS SKJØNNSUTØVELSE VED PÅLEGG OM SÆRSKILTE FORPLIKTELSER FOR TILBYDERE MED STERK MARKEDSSTILLING.....</b>	<b>16</b>
<b>3.1</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>16</b>
<b>3.2</b>	<b>Særskilt om prisregulering.....</b>	<b>18</b>
<b>3.3</b>	<b>Oppfyllelse av formålene med sektorspesifikk regulering .....</b>	<b>20</b>
	3.3.1 Rettslig utgangspunkt: Ekomlovens formålsbestemmelser .....	20

3.3.2	Særskilt om mål angitt i EUs regulatoriske rammeverk.....	22
3.3.3	Forvaltningspraksis .....	23
<b>3.4</b>	<b>Forholdsmessighet (proporsjonalitet) .....</b>	<b>26</b>
3.4.1	Rettslig utgangspunkt.....	26
3.4.2	Forvaltningspraksis .....	29
<b>3.5</b>	<b>Harmonisering i EØS-området.....</b>	<b>31</b>
3.5.1	Innledning .....	31
3.5.2	Konsultasjonsprosedyren – vekten av ESAs uttalelser.....	32
3.5.3	ERGs virkemiddeldokument .....	33
<b>3.6</b>	<b>Ikke-diskriminering, objektivitet og teknologinøytralitet.....</b>	<b>35</b>
3.6.1	Rettslig utgangspunkt.....	35
3.6.2	Teknologinøytralitet og ikke-diskriminering .....	37
3.6.3	Nærmere om objektivitetskravet .....	38
<b>3.7</b>	<b>Oppsummering.....</b>	<b>40</b>
<b>4</b>	<b>RETTSPOLITISKE VURDERINGER .....</b>	<b>41</b>
<b>5</b>	<b>REGISTER OG LITTERATURLISTE.....</b>	<b>47</b>
<b>5.1</b>	<b>Register .....</b>	<b>47</b>
5.1.1	Lov og forskrift .....	47
5.1.2	Forarbeider .....	47
5.1.3	EØS-avtalen, EØS-/EU-rettslig sekundærlovgivning og forarbeider.....	48
5.1.4	Rettspraksis fra EF-domstolen .....	48
5.1.5	Forvaltningsavgjørelser.....	49
5.1.6	Øvrige dokumenter.....	49
<b>5.2</b>	<b>Litteraturliste .....</b>	<b>50</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Hovedproblemstilling og avgrensning

Lov om elektronisk kommunikasjon av 7. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) gir hjemmel for at tilbydere med sterk markedsstilling i relevante markeder kan pålegges særlige plikter. Ekomloven innebærer ikke at det automatisk følger bestemte forpliktelser av å bli utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling. Isteden gis Post- og teletilsynet (PT) som nasjonal tilsynsmyndighet utvidet myndighet til å ”*skreddersy hensiktsmessige vedtak basert på grundige vurderinger i det enkelte tilfelle.*”<sup>1</sup>

Målet med denne spesialoppgaven er å gjøre rede for de normative føringene som er lagt på tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse ved valg av hvilke forpliktelser som skal pålegges tilbydere med sterk markedsstilling. Disse føringene har bl.a. betydning fordi de bidrar til å skape en viss grad av rettslig forutberegnlighet for aktørene i elektronisk kommunikasjonssektoren. Hovedvekten av fremstillingen vil ligge på å gjennomgå relevante rettslige prinsipper som følger av ekomloven og EUs regulatoriske rammeverk for elektronisk kommunikasjon, vise hvordan disse prinsippene kommer til anvendelse gjennom forvaltningspraksis og vurdere i hvilken grad disse prinsippene setter klare materielle grenser for tilsynsmyndighetens diskresjonære skjønn.

Hovedfokuset i oppgaven vil være å få frem omfanget av forvaltningens myndighet og grensene for forvaltningens kompetanse, uavhengig av hvilke sider av forvaltningens avgjørelser domstolene kan prøve.<sup>2</sup> Dette er et eget spørsmål som ikke omfattes av oppgaven. Fremstillingen vil heller ikke gi en generell og uttømmende presentasjon av de

---

<sup>1</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-03) ”Om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)”, s. 11.

<sup>2</sup> Jf. Eckhoff/Smith (2003), s. 329.

alminnelige forvaltningsrettslige prinsippene i norsk rett som setter grenser for forvaltningens diskresjonære kompetanse, eksempelvis læren om myndighetsmisbruk.

Videre vil jeg legge hovedsakelig legge vekt på å få frem de *generelle* føringene som ligger på skjønnsutøvelsen. Jeg vil derfor ikke foreta en uttømmende gjennomgang av de mer spesifikke føringene som må hensyntas for enkelte av forpliktelse etter ekomlovens kapittel 4.

## 1.2 Emneplassering

Temaet for oppgaven omfatter regler som ligger innenfor flere juridiske disipliner etter tradisjonelle rettslige skillelinjer. Utgangspunktet er telekommunikasjonsrett, eller elektronisk kommunikasjonsrett for å bruke et mer dekkende og oppdatert begrep.

Dette fagområdet har en sterk internasjonal og folkerettslig dimensjon fordi regelverket bygger på EUs regulatoriske rammeverk for elektronisk kommunikasjon som er en del av EØS-avtalen. Ekomloven er harmonisert med dette regelverket.

Elektronisk kommunikasjonsrett har en berøringsflate mot konkurranseretten. Gjennom ekomloven er det lagt opp til en tilnærming mellom den sektorspesifikke konkurransereguleringen for elektronisk kommunikasjon og den alminnelige konkurranseretten.<sup>3</sup> Reglene om som hjemler regulering av tilbydere med sterk markedsstilling bygger i stor grad på konkurranserettslig metodikk og prinsipper.

Ettersom den konkrete problemstillingen i oppgaven omhandler selve skjønnsutøvelsen til et forvaltningsorgan, vil forvaltningsretten naturlig nok også få betydning. Dette gjelder spesielt reglene om forvaltningens diskresjonære skjønn og det spesielle rettskildebildet i forvaltningsretten.

---

<sup>3</sup> Jf. Ot.prp. nr 58 (2002-03), s. 11.

### 1.3 Begrepsbruk

Begrepet "*rettslig prinsipp*" kan forstås på flere måter. I denne oppgaven brukes begrepet hovedsakelig i følgende betydning;

- Et rettslig prinsipp angir overordnede retningslinjer for enkeltavgjørelser.
- Et rettslig prinsipp utgjør et grunnkrav eller en minimumsnorm som må oppfylles.

Rettslige prinsipper har særlig betydning for de tilfellene der forvaltningen er gitt diskresjonær kompetanse, ved å angi relevante og pliktige hensyn.<sup>4</sup> Det kan også nevnes at rettslige prinsipper spiller en langt større rolle i EU-retten enn hva som følger av norsk rett.<sup>5</sup>

Begrepet "*diskresjonært skjønn*" brukes om forvaltningens frihet til å benytte sin kompetanse til å treffe vedtak, og eventuelt bestemme hva vedtaket skal gå ut på. I juridisk litteratur er det divergerende oppfatninger om hvilken terminologi som bør brukes for å beskrive rettstilstanden innenfor dette området. Jeg har bevisst valgt å ikke bruke begrepet "fritt skjønn". Selve kjernen i denne oppgaven er nettopp å få frem at forvaltningen ikke har en frihet helt uten rettslige grenser selv om den er gitt diskresjonær myndighet.<sup>6</sup>

Begrepet "*tilsynsmyndigheten*" vil i den videre fremstilling bli brukt om Post- og teletilsynet som nasjonal reguleringsmyndighet i henhold til ekomlovgivningen.

Begrepene "*forpliktelser*", "*plikter*" og "*virkemidler*" vil i det følgende bli brukt om hverandre. Dette skyldtes at begrepsbruken kan variere noe ut i fra hvilket perspektiv man inntar: For tilbyderne vil det være naturlig å tale om forpliktelser og plikter, for tilsynsmyndighetene omtales de samme pliktene noen ganger som virkemidler. Derfor legges det til grunn at disse begrepene må oppfattes som synonyme begreper.

---

<sup>4</sup> Jf. Backer (2002), s. 49-50.

<sup>5</sup> Jf. EØS-rett (2004), s. 64.

<sup>6</sup> Jf. Eckhoff/Smith (2004), s. 328.

#### 1.4 Rettskilder

Ekomlovens § 3-4 er den sentrale bestemmelsen og hjemmelen for å pålegge tilbydere med sterk markedsstilling særskilte forpliktelser. Andre bestemmelser i ekomloven kommer også til anvendelse og særlig vil formålsbestemmelsen i § 1-1 ha betydning for tilsynsmyndighetenes skjønnsutøvelse. Ekomlovens kapittel 4, ”Tilgang mv.”, inneholder bestemmelser som presiserer hvilke særskilte forpliktelser som kan pålegges med hjemmel i § 3-4. Eksempelvis vil § 4-9, som hjemler prisregulering, ha relevans for hovedproblemstillingen i denne oppgaven, ettersom den også legger enkelte konkrete føringer på i hvilke tilfeller prisregulering kan pålegges.

De sentrale forarbeider til ekomloven er Ot. prp. nr 58 (2002-2003) og Inst.O. nr 121 (2002-2003). Ekomloven bygger i stor grad på EUs regulatoriske rammeverk for elektronisk kommunikasjon og er harmonisert med dette regelverket. Derfor vil de grunnleggende bestemmelsen i EØS-avtalen<sup>7</sup> og EØS-loven<sup>8</sup> ha relevans. De fem direktivene som utgjør EUs regulatoriske rammeverk vil også ha betydning, jf. prinsippet om direktivkonform tolking som tilsier at nasjonale domstoler så vidt mulig plikter å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EUs direktiver<sup>9</sup>. Rammedirektivet<sup>10</sup>, Tilgangsdirektivet<sup>11</sup> og Universal Services Obligations-direktivet<sup>12</sup> vil være særlig relevant for problemstillingene som behandles i denne oppgaven.

Både ekomloven og EUs regulatoriske rammeverk er av forholdsvis ny dato og derfor foreligger det i liten grad norsk eller EF-rettspraksis etter denne lovgivningen. På enkelte

---

<sup>7</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet 2. mai 1992.

<sup>8</sup> Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. 22. november 1992 nr. 109.

<sup>9</sup> Jf. EØS-rett (2004), s. 195.

<sup>10</sup> EP/Rdir 02/21 EØF.

<sup>11</sup> EF/Rdir 02/19 EØF.

<sup>12</sup> EF/Rdir 02/22 EØF.

punkter er det imidlertid henvist til rettspraksis som omtaler mer generelle rettslige prinsipper som har betydning for oppgaven.

Etter ekomlovens § 9-3 skal enkeltvedtak etter § 3-4 som kan påvirke handelen mellom EØS-landene sendes til EFTAs overvåkningsorgan (ESA)<sup>13</sup> for uttalelse. ESAs uttalelse vil ha betydning som rettskilde ettersom synspunkter fra ESA vil måtte anses som retningsgivende for norske myndigheter.<sup>14</sup>

Selv om det som nevnt ikke relevant rettspraksis etter ekomloven, er det fattet flere enkeltvedtak fra Post- og teletilsynet som nasjonal tilsynsmyndighet om pålegg av særskilte forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling og vedtak i klagesaker av Samferdselsdepartementet, som vil ha betydning. Det begrensede rettskildematerialet tilsier at denne forvaltningspraksisen tillegges en viss vekt som rettskilde.<sup>15</sup> Særlig gjelder dette Samferdselsdepartementets behandling av klagesaker, fordi denne behandlingen i stor grad er avgjørende i siste instans. Hensynet til aktørenes forutberegnlighet taler for at denne praksisen tillegges betydning ved fremtidig saksbehandling. Det samme hensynet gjør seg i noen grad gjeldende også når det gjelder vektleggingen av European Regulators Group's anbefaling om bruk av virkemidler etter EUs regulatoriske rammeverk, som har som siktemål å harmonisere virkemiddelbruken i EU-området, samt Post- og teletilsynets eget virkemiddeldokument; "Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling".

## 1.5 Oversikt over den videre fremstilling

I kapittel 2 gis det en introduksjon til bakgrunnen for den sektorspesifikke reguleringen av elektronisk kommunikasjonssektoren, en beskrivelse av PTs rolle som nasjonal

---

<sup>13</sup> EFTA Surveillance Authority.

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp. nr 58 (2002-03), s 57.

<sup>15</sup> Jf. Eckhoff, s. 198.



tilsynsmyndighet og en oversikt over prosedyren for regulering av tilbydere med sterk markedsstilling, med særlig vekt på ekomloven § 3-4.

I kapittel 3 gjennomgås de mest sentrale føringene og materielle grensene som er lagt for tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse ved pålegg om særskilte forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling etter ekomloven. Nærmere bestemt gjelder dette formålene med ekomloven, forholdsmessighetsprinsippet, hensynet til harmonisering i EØS-området, ikke-diskriminering-prinsippet, objektivitetskravet og prinsippet om teknologinøytralitet. Der det foreligger relevant forvaltningspraksis vil dette bli brukt for å belyse hvordan disse prinsippene blir anvendt av forvaltningen.

I kapittel 4 drøftes dagens lovgivning og praksis de lege ferenda, med særlig vekt på balansen mellom to kryssende hensyn: Reguleringsmyndighetenes behov for fleksibilitet i møte med den raske teknologiske og markedsmessige utviklingen som skjer i elektronisk kommunikasjonssektoren, og aktørenes behov for en viss grad av rettslig forutberegnlighet.

## **2 Generelt om sektorspesifikk regulering av elektronisk kommunikasjonssektor**

### **2.1 Innledning**

Telesektoren i Norge har fra midten av 1980-tallet gjennomgått en gradvis omdanning fra å være et statlig monopolområde til å bli et konkurranseutsatt marked med flere tilbydere.<sup>16</sup> Dette skyldes at det i Norge og Europa ble initiert en politisk prosess som gradvis førte til avvikling av de legale enerettene innenfor sektoren, noe som la forholdene til rette for nyetableringer og ga en mer dynamisk tilpasning til den teknologiske og markedsmessige utvikling. To sentrale milepæler i denne utviklingen var tildelingen av konsesjon til to aktører for tilbud av GSM-mobiltelefon tjenester, dvs. Televerket og NetCom, i 1991 og opphevelsen av de resterende eneretter på taletelefoni og infrastruktur 1. januar 1998.<sup>17</sup>

Før ekomloven trådte i kraft ble telekommunikasjonssektoren regulert av teleloven<sup>18</sup> med tilhørende forskrifter. I siste halvdel av 1990-tallet ble det foretatt flere endringer i for å sikre at reguleringen er i samsvar med de behov som er oppstått i markedet, og som gjør at lovens bestemmelser er et hensiktsmessig verktøy for å fremme de telepolitiske mål. Teleloven var utformet for å legge til rette for en overgang fra et rettslig monopol til et marked hvor flere tilbydere tilbyr konkurrerende tjenester og reguleringen var basert på at de største aktørene på markedet også ble underlagt de mest omfattende plikter og kontroll

---

<sup>16</sup> Se for eksempel Makt- og demokratiutredningens rapportserie: Rapport 49, november 2002, Omdanning av telesektoren - fra offentlig tjenesteyting til markedsstyring.

<sup>17</sup> Jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003), s. 15.

<sup>18</sup> Lov om telekommunikasjon av 23. juni 1995 nr. 39.

(såkalt assymetrisk regulering).<sup>19</sup> Gjennom dette ble det lagt til rette for etablering av konkurranse i markedet ved at nye aktører ble etablert.

Gjennom vedtakelsen av et nytt regulatorisk rammeverk for elektronisk kommunikasjon i 2002, gikk både EUs og Norges (gjennom vedtagelsen av ekomloven) teleregulering over i en ny fase. Endringene som ble gjennomført bidro til at reguleringen ble mer tilpasset markeder med flere tilbydere, men der enkelte tilbydere fortsatt har sterk markedsstilling. Samtidig var det et behov for å tilpasse den rettslige reguleringen til utviklingen i retning av konvergens, noe som innebærer at grensene mellom kringkasting, tele og IT blir mindre tydelige og at sektorene etter hvert smelter sammen. På bakgrunn av dette var det nødvendig å utvide reguleringen fra kun å gjelde teleområdet og til å omfatte alle former for elektronisk kommunikasjon.<sup>20</sup> Ekomloven legger videre vekt på å gi reguleringsmyndighetene tilstrekkelig fleksibilitet til å håndtere den raske teknologiske og markedsmessige utviklingen som skjer i telesektoren.<sup>21</sup>

Gjennom ekomloven skjedde det en tilnærming mellom den sektorspesifikke reguleringen av tele/elektronisk kommunikasjon og den alminnelige konkurranseretten, bl.a. gjennom anvendelse av konkurranserettslige metoder for identifisering av tilbydere med sterk markedsstilling. Lovgiver la videre til grunn at *"Slik tilnærming til generell konkurranserett kombinert med etablering av bærekraftig konkurranse i markedet for elektronisk kommunikasjon antas å føre til at den sektorspesifikke konkurranseregulering for elektronisk kommunikasjon gradvis vil kunne reduseres."*<sup>22</sup> Det er imidlertid grunn til å understreke at den sektorspesifikke reguleringen av elektronisk kommunikasjon fortsatt er forskjellig fra konkurranseretten på særlig tre områder:

---

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), s. 16.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), s. 31.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), s. 24.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), s. 30.

1. Forpliktelser kan pålegges etter ”føre-var-prinsippet” (såkalt ex-ante-regulering<sup>23</sup>).
2. Markedene er forhåndsdefinert.
3. Formålet er videre ved at reguleringen også skal ivareta samfunnsmessige formål, som eksempelvis tilgjengelighet for tjenester for brukere i hele landet.<sup>24</sup>

## 2.2 Den nasjonale tilsynsmyndighet

### 2.2.1 Post- og teletilsynets rolle og myndighet

Rammedirektivets art. 3 omhandler de nasjonale tilsynsmyndigheter etter ekomloven. Etter art. 3.1 er skal medlemstatene sikre at de oppgavene som er gitt til nasjonale tilsynsmyndigheter ivaretas av et kompetent organ. I Norge er disse oppgave i stor grad lagt til Post- og teletilsynet, som er et forvaltningsorgan underlagt Samferdselsdepartementet.<sup>25</sup> Videre er det et krav etter art. 3.2. at medlemstatene skal garantere tilsynsmyndighetens uavhengighet gjennom å sikre at de er juridisk og funksjonelt uavhengig av organisasjoner som tilbyr elektronisk kommunikasjons nettverk, utstyr eller tjenester. Det fremgår også at der nasjonalstaten innehar en eierrolle eller har kontroll over slike tilbydere, skal det sikres strukturell separasjon av den regulatoriske funksjonen og eierskapsutøvelsen. Dette er for øvrig noe av bakgrunnen for at statens eierskap i Telenor ASA ikke lenges utøves av Samferdselsdepartementet som tidligere, men av Nærings- og handelsdepartementet.

Etter ekomlovens kapittel 3 og 4 er PT tillagt stor grad av diskresjonær kompetanse knyttet til enkeltvedtak om regulering av tilbydere med sterk markedsstilling. Dette gjelder både i forbindelse med definering av relevante markeder, gjennomføring av markedsanalyse og

---

<sup>23</sup> Ex ante-regulering innebærer at myndighetene ønsker å korrigere adferd før mulig misbruk har funnet sted, dvs. adferd normeres gjennom et sett av regler i forkant, jf. Ot.prp. nr 58 (2002-03).

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), s. 11.

<sup>25</sup> Jf. Forskrift vedrørende funksjonsfordeling innen myndigheten etter lov om elektronisk kommunikasjon (2003-07-04 nr 881).

utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og valg av virkemidler/forpliktelser som pålegges tilbydere med sterk markedsstilling.

## 2.2.2 Særskilt om ekomlovens klageordning

Rammedirektivets artikkel 4 stiller krav om at medlemstatene sikrer at det etableres en effektiv klageordning for vedtak som fattes av den nasjonale tilsynsmyndigheten. I Ot.prp. nr 58 (2002-2003) foreslo regjeringen å etablere et nytt uavhengig forvaltningsorgan, Klagenemnda for elektronisk kommunikasjon, som var tiltenkt å være overordnet PT og ha full kompetanse i klagesaker. I behandlingen i Stortinget ble imidlertid klageordningen endret i forhold til regjeringens opprinnelig forslag, jf. Samferdselskomiteens merknader vedrørende klageordning:

*”Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, viser til inngått avtale om utflytting av ulike statlige tilsyn, herunder Post- og teletilsynet, jf Innst.S.nr.222 (2002-2003) om statlige tilsyn. Denne avtalen innebærer at det ikke skal foretas endringer i klageordningen som eksisterer. Det innebærer at forslaget om en ny klagenemnd for elektronisk kommunikasjon (§ 11-6), er uaktuelt å gå inn på... Flertallet mener at dagens situasjon med departementet som endelig klageinstans skal opprettholdes. Flertallet har etter en samlet vurdering kommet til at det er hensiktsmessig å endre noe av dagens klageordning. Det bør innføres en toinstans klageordning som vil innebære at Statens teleforvaltningsråd legges ned.”<sup>26</sup>*

Samferdselsdepartementet er dermed etter ekomloven endelig klageinstans. Mer usikkert er det om de føringene som i Odelstingsproposisjonen gjaldt den tiltenkte klagenemnda fortsatt har betydning selv om Samferdselsdepartementet er klageinstans. I denne forbindelse er følgende formuleringer fra Odelstingsproposisjonen særlig relevante:

---

<sup>26</sup> Inst. O. nr 121 (2002-2003).

*”Men gjennom sine avgjørelser i klagesaker og gjennom omgjøringsvedtak av eget tiltak, som nemnda vil ha kompetanse til, vil nemnda kunne gi tilsynet veiledning om hvorledes tilsvarende saker bør behandles og avgjøres fremover, herunder veiledning om lovtolkning og skjønnsutøvelse.”<sup>27</sup>*

Selv om avgjørelsesmyndigheten i klagesaker til slutt ble lagt til Samferdselsdepartementet, og ikke til en uavhengig klagenemnd, vil behovet for konsistent praksis og hensynet til forutberegnlighet for aktørene ikke endres som følge av endringene i klageordningen. Dette taler for at Samferdselsdepartementets avgjørelser av klagesaker vil innebære en *føring* på Post- og teletilsynets skjønnsutøvelse i fremtidige saker. I denne sammenheng må det imidlertid presiseres at ekomlovens § 10-2 begrenser Samferdselsdepartementet *instruksjonsmyndighet* (som overordnet forvaltningsinstans) overfor PT i saker som omhandler pålegg om særskilte forpliktelser etter § 3-4; Post og teletilsynet *”kan ikke instrueres, verken generelt eller vedrørende den enkelte sak”* ved behandling av saker etter denne bestemmelsen.

## 2.3 Prosedyre for regulering av tilbydere med sterk markedsstilling

### 2.3.1 Oversikt

Begrepet ”sterk markedsstilling” er helt sentralt i ekomloven og i EUs regulatoriske rammeverk for elektronisk kommunikasjon.<sup>28</sup> Sterk markedsstilling er et slags regulatorisk verktøy; det er både en inngangsport til og setter en grense for bruk av sektorspesifikke virkemidler. Dette følger av at tilsynsmyndigheten ikke kan pålegge særskilte sektorspesifikke forpliktelser etter § 3-4 på tilbydere som ikke har sterk markedsstilling.

Etter ekomlovens § 3-1, som bygger på rammedirektivets artikkel 14.2, har en tilbyder sterk markedsstilling når vedkommende *”alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av*

---

<sup>27</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-03), s. 65.

<sup>28</sup> På engelsk: Signifikant Market Power, eller svært ofte bare forkortelsen SMP.

*konkurrenter, kunder og forbrukere*”. I tillegg kan sterk markedsstilling i ett marked føre til at en tilbyder har sterk markedsstilling i et tilgrensende marked.

Ekomloven legger opp til en treleddet prosedyre for regulering av tilbydere med sterk markedsstilling:

1. Definisjon av relevante markeder for sektorspesifikk ex-ante regulering (§ 3-2)
2. Analyse av relevante markeder og derigjennom utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling (§ 3-3)
3. Pålegg om forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling (§ 3-4)

I de tre påfølgende underkapitler vil jeg gi en oversikt over disse tre stegene.

### 2.3.2 Definerings av relevante markeder

Ekomlovens § 3-2 gir tilsynsmyndigheten myndighet til å definere relevante produkt- og tjenestemarkeder og geografiske markeder innenfor området for elektronisk kommunikasjon. Denne avgrensningen i konkrete markeder er avgjørende for å kunne foreta markedsanalyser og deretter eventuelt konstatere at en tilbyder har sterk markedsstilling.

Men tilsynsmyndigheten står ikke fritt i denne vurderingen. De er forpliktet etter ekomloven og rammedirektivet til å følge ESAs anbefaling om relevante produkt og tjenestemarkeder<sup>29</sup> (med utgangspunkt i tilsvarende anbefaling fra EU-kommisjonen) så langt det er mulig. Denne anbefalingen har status som ”soft law” – eller ”ikke-bindende rettsakter” - etter EØS-retten.<sup>30</sup> Anbefalingen inneholder bl.a. en liste over 18 forhåndsdefinerte markeder som anses som relevante. Etter ekomlovens § 3-2 har tilsynsmyndigheten mulighet til å avvike fra denne anbefalingen, eksempelvis hvis særegne

---

<sup>29</sup> EFTA Surveillance Authority Recommendation of 14 July 2004 on relevant product and service markets within the electronic communications sector.

<sup>30</sup> EØS-rett (2004), s. 55.

nasjonale konkurransemessige forhold tilsier det.<sup>31</sup> I så fall er det påkrevet å konsultere ESA etter den beskrevne prosedyren i ekomlovens § 9-3. Det følger videre av § 9-3 annet ledd at ESA i slike tilfeller i realiteten har veto-myndighet og kan kreve at tilsynsmyndighetens avvikende forslag til definering av relevante markeder kan trekkes tilbake. Dette har så langt ikke kommet på spissen, ettersom PT ikke har definert produktmarkeder som avviker fra ESAs liste. Nedenfor følger en liste over de markedene som pr. dags dato er definert som relevante av PT<sup>32</sup>:

Fastnett – sluttbrukernivå	
1	Tilgang til fast elektroniske kommunikasjonsnett som anvendes til offentlig telefontjeneste for husholdninger
2	Tilgang til fast elektroniske kommunikasjonsnett som anvendes til offentlig telefontjeneste for andre enn husholdninger
3	Fast nasjonal eller lokal offentlig telefontjeneste for husholdninger
4	Fast internasjonal offentlig telefontjeneste for husholdninger
5	Fast nasjonal eller lokal offentlig telefontjeneste for andre enn husholdninger
6	Fast internasjonal offentlig telefontjeneste for andre enn husholdninger.
7	Minimumstilbud av overføringskapasitet 2)
Fastnett – grossistnivå	
8	Originering av fast offentlig telefontjeneste.
9	Terminering av offentlig telefontjeneste i individuelle faste elektroniske kommunikasjonsnett.
10	Transitt av offentlig telefontjeneste i faste elektroniske kommunikasjonsnett .
11	Full og delt tilgang til det faste aksessnettet for levering av bredbånd- og telefontjenester.
12	Tilgang for levering av bredbåndtjenester, herunder bitstrøm tilgang.
13	Overføringskapasitet for aksess
14	Overføringskapasitet for transport
Mobilnett – grossistnivå	
15	Tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 58 (02-03), s. 99.

<sup>32</sup> Listen over relevante markeder er hentet fra Post- og teletilsynets nettside: [www.npt.no](http://www.npt.no)



16	Terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett
17	Det nasjonale markedet for internasjonal roaming i offentlige mobilkommunikasjonsnett
Kringkasting – grossistnivå	
18	Overføringstjenester for kringkasting, for levering av kringkastingsinnhold til sluttbruker

### 2.3.3 Utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling

Etter ekomlovens § 3-3 skal tilsynsmyndigheten foreta markedsanalyser på området for elektronisk kommunikasjon. Med utgangspunkt i disse markedsanalysene kan tilsynsmyndigheten utpeke, opprettholde eller trekke tilbake utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling. Som etter § 3-2 ligger det en forpliktelse på tilsynsmyndigheten til å følge retningslinjer utarbeidet av ESA, i dette tilfelle ESAs retningslinjer for markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling på området for elektronisk kommunikasjon<sup>33</sup>, så langt det er mulig.

Begrepet ”sterk markedsstilling” er etter ekomloven og EUs regulatoriske rammeverk basert på begrepet ”dominerende stilling” i den generelle konkurranseretten (jf. EØS-avtalens art. 54) som følger av EF-domstolens praksis.<sup>34</sup>

### 2.3.4 Ekomlovens § 3-4 – plikter for tilbydere med sterk markedsstilling

En tilbyder som er blitt utpekt til å ha sterk markedsstilling skal etter ekomlovens § 3-4 første ledd pålegges en eller flere særlige plikter som det henvises til i bestemmelsen. Det

---

<sup>33</sup> EFTA Surveillance Authority Guidelines of 14 July 2004, on market analysis and the assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks and services.

<sup>34</sup> Men forskjellen er at den sektor-spesifikke reguleringen legger til grunn en ex-ante-vurdering, mens konkurranselovgivningen har et ex-post-perspektiv.

er gjort et skille mellom hvilke forpliktelser som kan pålegges tilbyder(e) med sterk markedsstilling i henholdsvis grossistmarkeder og sluttbrukermarkeder.<sup>35</sup> Følgende forpliktelser kan ilegges tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkeder:

- Kravet om transparens og standardtilbud (jf. ekomloven §§ 4-6, 4-8 tredje ledd og 4-12)<sup>36</sup>
- Kravet om ikke-diskriminering (jf. ekomloven § 4-7)<sup>37</sup>
- Kravet om regnskapsmessig skille (jf. ekomloven § 4-8)<sup>38</sup>
- Tilgangsforpliktelser (jf. ekomloven §§ 4-1, 4-2 til 4-5)<sup>39</sup>
- Prisregulering og kravet om kostnadsregnskap (jf. ekomloven § 4-9)<sup>40</sup>

Tilbydere med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkeder kan videre bli ilagt forpliktelser som inkluderer forbud mot overpris eller prisskvis, prisdiskriminering eller urimelig kobling av tjenester, jf. ekomloven § 4-10.<sup>41</sup>

Det følger av ekomlovens § 3-4 annet ledd at tilsynsmyndigheten er gitt en utvidet påleggshjemmel til å i ”*særlige tilfeller*” pålegge plikter utover det som følger av første ledd (jf. oppstillingen ovenfor). I slike tilfeller er det et krav at tilsynsmyndigheten skal følge konsultasjonsprosedyren i § 9-3.

Etter ekomlovens kapittel 4 er PT i flere konkrete bestemmelser gitt kompetanse til å presisere pliktene nærmere, jf. for eksempel § 4-5 femte ledd og 4-9 annet ledd.

---

<sup>35</sup> Jf. Post- og teletilsynets virkemiddeldokument, ”Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling”, 14. oktober 2004.

<sup>36</sup> Jf. Tilgangsdirektivet art. 9.

<sup>37</sup> Jf. Tilgangsdirektivet art. 10.

<sup>38</sup> Jf. Tilgangsdirektivet art. 11.

<sup>39</sup> Jf. Tilgangsdirektivet art. 12.

<sup>40</sup> Jf. Tilgangsdirektivets art. 13.

<sup>41</sup> Jf. USO-direktivet art. 17 nr. 2.

### **3 Føringer på tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse ved pålegg om særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling**

#### **3.1 Innledning**

Ekomlovens § 3-4 gir, som nevnt ovenfor, PT myndighet til å velge hvilke av de særskilte forpliktelser som fremgår av ekomlovens kapittel 4, som skal pålegges tilbydere med sterk markedsstilling. PT har m.a.o. ikke frihet til å bestemme *om* det skal pålegges en særskilt forpliktelse. Så lenge en tilbyder er utpekt til å ha sterk markedsstilling, *skal* vedkommende pålegges minimum en særskilt forpliktelse.<sup>42</sup> Men siden det er stor variasjon mellom hvor tyngende de ulike forpliktelsene er, må valgfriheten som PT i utgangspunktet er gitt kunne betegnes som vesentlig. For en aktør vil det eksempelvis være stor forskjell mellom et pålegg om transparens og et pålegg om prisregulering.

Men selv om PT er tillagt skjønnsmyndighet betyr ikke dette at det ikke ligger normative føringer på skjønnsutøvelsen. For aktørene i markedene for elektronisk kommunikasjon er det viktig at PTs frihet til å velge virkemidler motveies av noen prinsipper som setter en ramme omkring den diskresjonære myndigheten og bidrar til en viss grad av rettslig forutberegnlighet. Dette er spesielt viktig som følge av de høye investeringene som er nødvendig for å kunne operere i dette markedet. Disse prinsippene vil også kunne bidra til å gi økt legitimitet til tilsynsmyndighetens vedtak.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Jf. Rammedirektivets art. 16 (4): “the national regulatory authority shall on such undertakings impose appropriate specific regulatory obligations”.

<sup>43</sup> Se Valcke (2005), s. 42.

Lovgiver gir også uttrykk for tilsvarende synspunkter i forarbeidene til ekomlovens kapittel 4. Her fremgår det bl.a. at:

*”For å imøtekomme markedsaktørenes behov for større forutberegnelighet, har departementet imidlertid nå i lovutkastets ordlyd tatt inn kriterier som skal følges ved myndighetenes skjønnsutøvelse. Dette synliggjør grunnlaget for myndighetenes vurderinger, og legger ordlyden nærmere direktivtekstene.”<sup>44</sup>*

Det antas at det her siktes spesielt til § 4-1 som bl.a. oppstiller vurderingstemaet for vurderingen som tilsynsmyndigheten skal gjøre for å vurdere hva som er en ”rimelig” anmodning om tilgang, samt retningslinjer for myndighetens vurdering av om et pålegg er forholdsmessig sett i relasjon til hvilke politiske formål pålegget skal ivareta.<sup>45</sup>

I merknaden til ekomlovens § 3-4 i forarbeidene oppstilles det noen prinsipper som gjelder generelt i forbindelse med pålegg om særlige forpliktelser: *”Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige, ikke diskriminerende, bygge på objektive og saklige kriterier og være offentlig tilgjengelige.”* Formuleringen bygger på tilsvarende formuleringer i tilgangsdirektivet<sup>46</sup>, Universal Services Obligations-direktivet<sup>47</sup> og autorisasjonsdirektivets<sup>48</sup>.

De prinsippene det her henvises til er EU-rettslige prinsipper, trukket opp av EF-domstolen, som direkte retter seg mot forvaltningens skjønnsutøvelse. Ettersom PTs vedtak også er en håndhevelse av EØS-rettslige regler vil disse prinsippene, og da det EØS-rettslige innholdet i prinsippene, ha betydning som en føring på PTs skjønnsutøvelse.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-03), s. 41.

<sup>45</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-03), s. 101.

<sup>46</sup> Artikkel 5.3.

<sup>47</sup> Artikkel 8.2.

<sup>48</sup> EF/Rdir 02/20 EØF. Artiklene 6.1, 7.3, 13

<sup>49</sup> Syrstad (2003), s. 345. flg.

I det følgende vil de mest sentrale normative føringene som er lagt på tilsynsmyndighetenes skjønnsutøvelse gjennomgås. Dette gjelder formålene med ekomloven, forholdsmessighetsprinsippet, ikke-diskriminering-prinsippet, objektivitetskravet, prinsippet om teknologinøytralitet og hensynet til harmonisering i EØS-området. Avslutningsvis vil jeg gi en oppsummerende vurdering av i hvilken grad disse føringene setter klare grenser for tilsynsmyndighetenes diskresjonære skjønn. Dette har spesielt betydning for hvorvidt aktørenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling er ivarettatt etter ekom-regelverket.

### 3.2 Særskilt om prisregulering

Etter § 4-9 har tilsynsmyndigheten adgang til å pålegge tilbydere med sterk markedsstilling prisforpliktelser for tilgang og samtrafikk. Prisregulering blir ofte sett på som den mest tyngende forpliktelsen for tilbyderne.<sup>50</sup>

I forarbeidene uttrykker lovgiver at prisregulering etter ekomloven skal benyttes med varsomhet og at det som et utgangspunkt skal benyttes virkemidler som er enklere i bruk, og som i større grad tar hensyn til aktørenes generelle investeringsmotive og risikoen ved nettverksinvesteringer. Det nevnes spesifikt at det må tas hensyn til at pålegg om tilgang til eksisterende nett ikke må redusere nye tilbyders incentiver til å investere i eget nett og utstyr som sikrer bærekraftig konkurranse på lengre sikt.<sup>51</sup>

Forarbeidene presiserer at kostnadsorientering er et av flere virkemidler som kan anvendes i forbindelse med prisregulering. Ved pålegg om kostnadsorientering er tilsynsmyndigheten gitt stor grad av frihet til å velge hvilke modeller for beregning av kostnadene som skal legges til grunn, avhengig av hva som fremstår som hensiktsmessig og forholdsmessig i det

---

<sup>50</sup> Jf. PTs virkemiddeldokument, s. 4.

<sup>51</sup> Jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003), s 9.

enkelte typetilfellet. Lovgiver nøyer seg med å henvise til hvilke kalkylemodeller som først og fremst er aktuelle i bransjen<sup>52</sup>:

- Fullt fordelte kostnader (Fully Distributed Costs, FDC – enten basert på historiske kostnader eller gjenanskaffelseskostnader)
- Marginalkostnad (Marginal Cost, MC)
- Langtidsmarginale kostnader (Long Run Incremental Cost, LRIC)
- Prising som tar hensyn til priselastisiteter (Ramsey prising)
- Efficient Component Pricing Rules (ECPR).

§ 4-9 angir to selvstendige vilkår for bruk av prisregulering:

1. Tilbyder kan opprettholde et ”*uforholdsmessig høyt prisenivå*” som følge av manglende konkurranse i et marked.
2. Tilbyder etablerer en prispolitikk som gjør det vanskelig for konkurrerende tilbydere av tilsvarende tjenester å konkurrere fordi det oppstår en *prisklemme*. Det siste kan typisk skyldes at tilbyderen er et vertikalt integrert selskap som bruker sin sterke markedsstilling i ett marked, til å krysssubsidiere et datterselsap som konkurrerer i et annet marked.

Forarbeidene gir anvisning på vurderingstemaet i forbindelse med pålegg om prisregulering. Det er presisert at tilbydernes investeringer skal hensyntas og ”*at tilbyderen får en rimelig forrentning av den relevante investerte kapitalen sett i forhold til risikoen investeringene var knyttet til*”. Også ved valg av kostnadsmodell oppstilles det tre konkrete føringer på tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse<sup>53</sup>:

1. Den skal være hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet
2. Den skal fremme bærekraftig konkurranse
3. Den skal maksimere fordelene for forbruker.

---

<sup>52</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-03), s 106.

<sup>53</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-03), s 106.

### 3.3 Oppfyllelse av formålene med sektorspesifikk regulering

#### 3.3.1 Rettslig utgangspunkt: Ekomlovens formålsbestemmelser

Med utgangspunkt i alminnelige prinsipper om tolking av kompetansebestemmelser vil ekomlovens formål ha betydning for tilsynsmyndighetens valg av særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling<sup>54</sup>. De grunnleggende formål med den sektorspesifikke reguleringen for elektronisk kommunikasjonssektoren er nedfelt i den generelle formålsbestemmelsen i § 1-1 i ekomloven:

*”Lovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon”.*

Formålsbestemmelsens formulering fremstår som uklar, særlig fordi den ikke angir en klar sammenheng mellom overordnede målsetninger og sentrale virkemidler. Jeg forstår bestemmelsen som at den overordnede målsetningen er å sikre brukere i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede ekomtjenester, mens det sentrale virkemiddelet er ”bærekraftig konkurranse” som fremmer ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Dette synes også å ha sin støtte i merknadene til bestemmelsen i forarbeidene.<sup>55</sup> Det er imidlertid grunn til å presisere at siste leddsetning – *”samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon”* - ble tilføyd i forbindelse med behandlingen av loven i Stortinget.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Jf. Eckhoff/Smith (2003), s. 330 og 334. Om tolking av kompetansebestemmelser.

<sup>55</sup> Jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003), s. 84: ”Bærekraftig konkurranse er på denne bakgrunn et *virkemiddel* for å bedre utnyttelsen av samfunnets ressurser og gi høyere verdiskaping.”

<sup>56</sup> Jf. Innst.O. nr.121 (2002-2003): “Det er komiteens oppfatning at forslaget til ny lov om elektronisk kommunikasjon skal bidra til en ny næringsutvikling og innovasjon over hele landet.”

I den spesielle formålsbestemmelsen som gjelder for tilsynsmyndighetens pålegg om særskilte forpliktelser for tilbyder med sterk markedsstilling, jf. ekomlovens § 3-4 tredje ledd, fremgår det at:

*”Plikter etter første og annet ledd som pålegges i det enkelte tilfelle skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet”.*

Hva som menes med å ”legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet” er ikke nærmere presisert i forarbeidene. Basert på en helhetlig vurdering av de to ovenfor refererte bestemmelsene, slutter jeg at det særlig vil være hensynet til ”bærekraftig konkurranse” som vil sette en materiell grense for tilsynsmyndighetenes kompetanse ved pålegg om særskilte plikter etter ekomlovens § 3-4.

Begrepet ”bærekraftig konkurranse” er nærmere presisert i forarbeidene til ekomloven:

*”Med bærekraftig konkurranse menes at ingen aktører har sterk markedsstilling, og/eller kan utnytte sin posisjon til skade for konkurransen. Konkurransen vil i tillegg være bærekraftig om man får etablert markeder som på lengre sikt kan klare seg på egenhånd som ordinære markeder uten statlig særregulering. Dette krever at reguleringen må virke på en måte at den medvirker til å fjerne behovet for særskilt regulering på sikt.”<sup>57</sup>*

Og videre; *” Bærekraftig konkurranse som virkemiddel innebærer imidlertid at forholdene skal legges til rette for en langsiktig virksom konkurranse i markedet. Dette medfører at i valg mellom reguleringsformer med ulike egenskaper på kort og lang sikt tilsier lovens formål at alternativene skal vurderes for å finne det som gir den gunstigste løsningen sett over tid.”<sup>58</sup>*

---

<sup>57</sup> Jf. Ot.prp. 58 (2002-03), s. 25. Jf. Tilgangsdirektivet og bruken av begrepet ”Sustainable competition”

<sup>58</sup> Ot.prp. 58 (2002-03), s. 84.



Begrepet ”bærekraftig konkurranse” er både et *målbilde* på hva reguleringen skal bidra til, nemlig en tilstand der ingen aktører har sterk markedstilling og/eller kan utnytte konkurransen til sin fordel; en tilstand der behovet for sektorspesifikk regulering ikke lenger er tilstede. Samtidig signaliserer ”bærekraftig konkurranse” at lovgiver er spesielt opptatt av at det ved konkrete reguleringsvedtak skal legges mer vekt på å sikre konkurranse i et *langsiktig tidsperspektiv* enn på kort sikt. I denne sammenhengen må det tas i betraktning at det uansett vil være vanskelig for tilsynsmyndighetene å oppnå en tilfredsstillende konkurransesituasjon til enhver tid. Dessuten vil enhver inngripen i markedet ha en kostnad forbundet med seg som også har betydning for hvilken tidshorisont tilsynsmyndighetene skal ha for utøvelsen av sin reguleringsmyndighet.

### 3.3.2 Særskilt om mål angitt i EUs regulatoriske rammeverk

EUs regulatoriske rammeverk for elektronisk kommunikasjon er tatt inn i norsk rett gjennom EØS-avtalen og ekomloven er i stor grad harmonisert med dette regelverket. I rammedirektivet<sup>59</sup> fremgår det at nasjonale reguleringsmyndigheter er forpliktet til å ta ”*all reasonable measures which are aimed at achieving the objectives set out in paragraphs 2, 3 and 4.*” Formålsbestemmelsene i rammedirektivet er tredelt:

1. Å fremme konkurranse i forsyningen av elektroniske kommunikasjonsnett, elektroniske kommunikasjonstjenester og tilhørende fasiliteter og tjenester.<sup>60</sup>
2. Bidra til utviklingen av det indre marked.<sup>61</sup>
3. Fremme interessene til innbyggerne i EU.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Jf. Rammedirektivet art. 8.1.

<sup>60</sup> Jf. Rammedirektivet art. 8.2.

<sup>61</sup> Jf. Rammedirektivet art. 8.3.

<sup>62</sup> Jf. Rammedirektivet art. 8.4.

Etter min oppfatning er de grunnleggende målene angitt i rammedirektivet i stor grad ivare tatt gjennom ekomloven og da spesielt forarbeidene til ekomloven, selv om selve ordlyden i formålsbestemmelsene i ekomloven er noe avvikende fra rammedirektivets målsetninger. Det må her også bemerkes at det ikke foreligger noen forpliktelser etter EØS-avtalen til å implementere ordlyden i direktivtekster ordrett.<sup>63</sup> Direktivets mål og delmål vedrørende harmonisering og konsistent regulatorisk praksis i EU/EØS-området, jf. art. 8.3 i rammedirektivet, er kanskje ikke like sterkt fremhevet i ekomloven som i direktivene (selv om forarbeidene inneholder enkelte formuleringer som viser at lovgiver anerkjenner dette som et viktig hensyn). Jeg viser imidlertid til at jeg vil vurdere dette som et særskilt hensyn under kap. 3.5.

### 3.3.3 Forvaltningspraksis

En interessant sak som kan belyse hvordan formålsbestemmelsene i regelverket setter konkrete materielle grenser for tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse er behandlingen av Telenors klage over PTs vedtak om særskilte forpliktelser i marked 11 (tilgang til det faste aksessnettet for levering av bredbånd og telefonitjenester)<sup>64</sup>. En av Telenors hovedanførsler var at den konkrete prisreguleringen ikke var egnet til å fremme ekomlovens overordnede formål. I sin behandling av klagen uttaler Samferdselsdepartementet følgende:

*”...spørsmålet som må vurderes nærmere er hvorvidt den konkrete prisfastsettelsen i vedtaket på best mulig måte fremmer ekomlovens formål om å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester.”*<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> EØS-rett (2004), s. 48.

<sup>64</sup> Post – og teletilsynets vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for full og delt tilgang til det faste aksessnettet for levering av bredbånds- og telefons tjenester (marked 11), 20.02.2006.

<sup>65</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 06.10.2006, vedrørende klage fra Telenor ASA på Post – og teletilsynets vedtak 20.02.2006 i marked 11, s. 10-11.

Den første anførselen fra Telenor gikk ut på at vedtaket ville sette en stopper for – eller vesentlig svekke – den videre utbyggingen, både med hensyn til utbredelse av eksisterende hastighetsnivåer og oppgradering av eksisterende dekningsområder. Departementet var enig i at dette var en potensiell konsekvens av vedtaket:

*”Dersom sluttbrukerprisene faller som følge av vedtaket, (noe som er en indirekte målsetting med vedtaket), vil en utilsiktet effekt i sin ytterste konsekvens være at sluttbrukerne i spredtbygde områder kan tape på dette.”*

Dette skyldes at de reduserte prisene som var foreslått også ville redusere aktørenes investeringsincentiver. Etter departementet vurdering ville sluttbrukerne i spredtbygde områder være de som sterkest ville merke de reduserte investeringsincentivene, enten i form av lavere hastigheter eller ved at de fortsatt vil befinne seg utenfor dekningsområdet. Brukere i sentrale og bynære områder ville merke mindre, for selv med lavere sluttbrukerpriser ville de være store nok til at selskapets investeringsincentiver i disse områdene ville være uendret som følge av vedtaket. Departementet uttaler at;

*”Målet for telemyndigheten i dette vedtaket må være å oppnå rimelige priser for sluttbrukerne. Samtidig må ikke prisen settes så lavt at det gir negative ringvirkninger for sluttbrukerne i spredtbygde strøk.”* Departementets konklusjon var at *”konsekvensene av vedtakets prisfastsettelse sannsynligvis vil lede til at sluttbrukerne i spredtbygde områder av landet vil kunne få et dårligere tilbud.”*

I den samme klagen anførte Telenor videre at prisvedtaket ville føre til at investeringer i tilstøtende markeder/alternativ infrastruktur ville bli mindre lønnsomme (eller ulønnsomme), og at dette dermed ville svekke mulighetene for bærekraftig konkurranse i det større ”bredbåndsmarkedet”: <sup>66</sup> Departementet anerkjente dette som et viktig hensyn og slo fast at det *”ved virkemiddelbruken [må] tas hensyn til muligheten for å oppnå*

---

<sup>66</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 06.10.06, s. 11.

*bærekraftig konkurranse i tilstøtende markeder”<sup>67</sup>. Konklusjonen var at ”hensynet til alternative tilbydere av aksessløsninger er svært viktig og bør ivaretas bedre enn det som kommer til uttrykk gjennom tilsynets prisvedtak.”*

En siste anførsel fra Telenor gjaldt hensynet til dynamisk effektivitet og investeringsincentiver. Departementet la her til grunn at reguleringstiltakene måtte ta hensyn til langsiktige siktemålene om bærekraftig konkurranse og verdsette investeringer i alternativ infrastruktur, og slo videre fast at *”En regulatorisk prissetting som fører prisenivået på LLUB<sup>68</sup> for langt ned kan i sin ytterste konsekvens øke avhengigheten av Telenors aksessnett.”* Dette skyldtes at den reduserte sluttbrukerpris kan føre til at flere og flere tilbydere - både nåværende infrastrukturtilbydere og potensielle investorer - vil finne det mest økonomisk forsvarlig å tilby sine tjenester i Telenors aksessnett. Dette vil kunne ramme utvikling vil kunne ramme sluttbrukere over hele landet (og da spesielt i spredtbygde strøk) på lengre sikt gjennom *”redusert konkurranse, økt avhengighet av regulatorisk overvåkning av grossistprisene og manglende utvikling av nye og bedre tjenester.”* Men departementet erkjente også at dette var en balansegang: *”På den annen side er det viktig at prisene ikke blir så høye at man oppmuntrer til ineffektiv (over-) etablering i markedet.”* Konklusjonen var en delvis imøtekommelse av Telenors anførsler. Departementet finner *”det formålstjenlig at langtidseffektene (dynamisk effektivitet) vektlegges i større grad i prissettingen.”*

I sitt endelige vedtak finner departementet likevel at det er *”grunnlag for å sette prisen ned fra kr 135<sup>69</sup> til kr 105”*, men at *”det er tvilsomt om en prisnedsettelse fra kr 105 til kr 95 på det nåværende tidspunkt er formålstjenelig og finner ikke grunnlag for å opprettholde denne delen av vedtaket.”*

---

<sup>67</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 06.10.06, s. 4.

<sup>68</sup> Local Loop Unbundling. Norsk oversettelse: Det faste aksessnett.

<sup>69</sup> Maksimalpris pr måned.

Den ovenfor nevnte klagesaken gir en god illustrasjon på hvordan Samferdselsdepartementet som overordnet klageinstans gir en forholdsvis utførlig vurdering av hvorvidt PTs vedtak er i tråd med ekomlovens formål. Følgende momenter ble tillagt vekt og bidro til at pålegg ble opphevet fordi det ikke var formålstjenlig:

- Konsekvensene av vedtaket ville sannsynligvis lede til at sluttbrukerne i spredtbygde områder av landet ville kunne få et dårligere tilbud.
- Hensynet til muligheten for å oppnå bærekraftig konkurranse i tilstøtende markeder gjennom å gjøre det attraktivt for alternative tilbydere av aksessløsninger
- Langtidseffektene (dynamisk effektivitet) ville svekes og avhengigheten av Telenors aksessnett vil øke fordi potensielle alternative tilbydere ville finne det mest økonomisk forsvarlig å tilby sine tjenester i Telenors aksessnett

### 3.4 Forholdsmessighet (proporsjonalitet)

#### 3.4.1 Rettslig utgangspunkt

Prinsippet om forholdsmessighet (proporsjonalitet) er et grunnleggende prinsipp i EU-retten og gjelder dermed også i EØS-retten.<sup>70</sup>

Som grunnleggende EØS-rettslig prinsipp vil forholdsmessighetsprinsippet også gjelde for nasjonale forvaltningsmyndigheter som forvalter EØS-rettslige regler, og dette vil dermed legge føringer på forvaltningens skjønnsutøvelse. Ettersom ekomlovens bestemmelser om regulering av tilbydere med sterk markedsstilling representerer en gjennomføring av EØS-direktiver, vil det EØS-rettslige forholdsmessighets-prinsippet komme til anvendelse og sette en materiell skranke for tilsynsmyndighetens skjønnsmyndighet etter ekomloven.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> EØS-rett (2004), s. 102-103.

<sup>71</sup> Eckhoff/Smith, s. 367.

I ekomlovens forarbeider er forholdsmessighetsprinsippet presisert i forhold til pålegg om plikter for tilbydere med sterk markedsstillinger:<sup>72</sup>

*”Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige... Med forholdsmessige menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd. Dette åpner også for at myndigheten knytter forpliktelsene til enkelte deler av det relevante marked dersom dette er hensiktsmessig.”*

I en sentral avgjørelse fra EF-domstolen gis følgende retningslinje for forholdsmessighetsvurderingen:

*”For at afgjøre, om en fellesskapsretlig bestemmelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprinsippet, skal det for det første undersøges, om de midler, som iværksættes for at opfylde det tilsigtede mål, svarer til dets betydning, og for det andet om de er nødvendige for at realisere det.”<sup>73</sup>*

Overført til problemstillingen i denne oppgaven innebærer dette at

1. Det må gjøres en vurdering av om felleskapets interesser, jf. ekomlovens formål, er sterke nok til å begrunne de byrdene som eventuelt pålegges tilbydere med sterk markedsstilling. Dette blir også et spørsmål om den konkrete forpliktelsen pålegger en uforholdsmessig byrde sammenlignet med målet som forsøkes å oppnå.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-2002), s 100

<sup>73</sup> Sak 66/82 *Fromançais SA v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*.

<sup>74</sup> Jf. Craig/de Búrca (2003), s. 372.

2. Det må vurderes om virkemiddelet er nødvendig for å realisere målet. Dette vurderingskriteriet kan igjen splittes i to: Om virkemiddelet er *egnet* til å oppnå det ønskede målet, og om virkemiddelet er *nødvendig* for å oppnå målet.<sup>75</sup>:

Kravet om at en forpliktelse ikke skal utgjøre en *uforholdsmessig byrde*, vil være sentralt som vurderingstema i forbindelse med pålegg om særlige plikter. Det medfører at ved valg mellom flere alternative reguleringer som alle kan fremme formålet like effektivt, bør tilsynsmyndigheten velge den regulering som er minst tyngende for tilbyder med sterk markedsstilling.<sup>76</sup> Uansett hvor nyttig og nødvendig et virkemiddel er, kan det bli satt til side hvis de negative konsekvensene for tilbyderen blir for vidtgående. Det følger videre at tilsynsmyndigheten skal gjøre en kost-nytte vurdering ved forskjellige virkemidler og finne en balanse mellom byrden som pålegges tilbyderen og andre kostnader knyttet til innføringen av virkemiddelet, og de forventede fordelene av å bruke virkemiddelet.<sup>77</sup> Her må tilsynsmyndigheten også ta hensyn til den potensielle vekselvirkningen mellom bruken av en rekke virkemidler, og sikre at dette ikke får noen utilsiktede konsekvenser.<sup>78</sup>

Når det gjelder kravet om at et virkemiddel skal være *egnet* til å fremme ønskemålet, må vurderingen her ta hensyn til at det kan komme til å ta noe tid før virkemidlene får effekt. Til det andre vurderingskriteriet, om virkemiddelet er *nødvendig*, er det viktig å ha i bakhodet at så lenge det er utpekt en tilbyder med sterk markedsstilling, vil bruken av et eller annet form for regulatorisk virkemiddel være berettiget og dermed nødvendig. Det sentrale blir imidlertid at det gjøres en grundig vurdering av alternative virkemidler, for å verifisere hvorvidt et annet og bedre virkemiddel kan brukes til å oppnå målet, slik at det best egnede virkemiddelet kan velges.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Jf. Craig/de Búrca (2003) , s. 372.

<sup>76</sup> Jf. PTs virkemiddeldokument, s. 30

<sup>77</sup> Jf. ERG-anbefaling, s 63.

<sup>78</sup> Valcke (2005), s. 59.

<sup>79</sup> Valcke m.fl., s. 59.

Prinsippet om minimumsregulering er sentralt i forarbeidene til ekomloven og støtter opp om synspunktet om at det ikke må brukes mer tyngende virkemidler enn nødvendig. Prinsippet har dermed en nær forbindelse til forholdsmessighetsprinsippet.<sup>80</sup> Videre følger det av prinsippet om minimumsregulering at den sektorspesifikke reguleringen etter ekomloven er sekundær i forhold til den alminnelige konkurranseretten og at det utelukkende skal pålegges sektorspesifikke forpliktelser der de konkurranserettslige virkemidlene ikke er tilstrekkelig for å løse de markedsmessige problemene. I vurderingen av om særskilte forpliktelser etter ekomloven er forholdsmessig, vil prinsippet om minimumsregulering kunne komme inn som et vurderingsmoment. Hvis et tilfelle fanges opp av de generelle konkurransereglene vil det også tale for at det vil være uforholdsmessig å pålegge sektorspesifikk regulering etter ekomloven.

### 3.4.2 Forvaltningspraksis

Innenfor markedet for terminering av tale i mobilnettet, marked 16, foreligger det enkelte avgjørelser som kan bidra til å illustrere i hvilken grad forholdsmessighetsprinsippet setter klare materielle grenser for tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse.

Det som særpreger markedet for terminering<sup>81</sup> er at det per definisjon er et monopolmarked. Hver netteier er monopolist i eget nett og termineringstjenesten kan ikke tilbys av andre aktører. I så måte har ethvert selskap i dette markedet sterk markedsstilling uavhengig av selskapets markedsandel i sluttbrukermarkedet.

I behandlingen av klagen fra Telenor vedrørende pålegg om særskilte forpliktelser i marked 16<sup>82</sup>, gjør Samferdselsdepartementet en konkret vurdering av om PTs vedtak om å pålegge

---

<sup>80</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-2002), s. 26.

<sup>81</sup> Terminering defineres i Ot.pr. nr 58 (2002-2003) som: "Tjeneste for å bringe et anrop fra en abonnent til et tilknytningspunkt for samtrafikk hos en tilbyder over til aksessnettet til en annen tilbyder for å fullføre overføring av anropet. Tjenesten brukes når en kunde gjennom sin tilbyder ikke har direkte tilgang til mottakende abonnent, men fullfører anropet gjennom en annen tilbyders aksessnett."

<sup>82</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06. Klage over Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Telenor ASA.



asymmetrisk prisregulering (noe som innebærer at andre tilbydere med sterk markedsstilling i samme marked får mulighet til å ta en høyere termineringspris enn Telenor) er i strid med forholdsmessighetsprinsippet.

I den forbindelse viser også Telenor til ESAs kommentarer til PTs vedtak der det fremgår at:

*”In the Authorities view, differentiated termination rates can only be compatible with the requirements of the new regulatory framework if the differences are justified by underlying differences in efficient production costs.”<sup>83</sup>*

I sin behandling av Telenors anførsler, slår Departementet innledningsvis fast at forholdsmessighetsprinsippet ikke er til hinder for at tilsynsmyndigheten kan fatte vedtak som innebærer tyngende forpliktelser for en eller flere tilbydere. Men i valget mellom flere virkemidler/forpliktelser, som alle fører til målet, er det et krav at den minst tyngende forpliktelsen skal velges.

Når SD til slutt velger å ikke gi Telenor medhold i klagen, er det særlig med utgangspunkt i følgende forhold:

- De utpekte tilbyderne med sterk markedsstilling i dette markedet er meget ulike. Det er tale om ulike tilfeller som ikke bare kan, men bør behandles ulikt.<sup>84</sup>
- Telenor er innrømmet en avkastning på sin kapital som langt overstiger andre tilbyderes avkastning på samme, jf. prinsippet om kostnadsorientering. Mulighetsområdet for å prisregulere Telenors termineringspris er således forholdsvis vidt, prisnivået tatt i betraktning.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Case 58296 Voice call termination on individual mobile networks. Comments pursuant to Article 7 (3) of Directive 2002/21/EC. 6. September 2005.

<sup>84</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06 (Telenor ASA).

<sup>85</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06 (Telenor ASA).

- Det legges vekt på at vedtaket har en begrenset tidshorisont og at PT vil komme med et nytt vedtak om termineringspris basert på en ny modell for prisregulering (LRIC<sup>86</sup>) i løpet av forholdsvis kort tid.

Også Netcom påklaget PTs vedtak i marked 16, og anførte at pristaket/prisreduksjonen de ble pålagt var i strid med forholdsmessighetsprinsippet<sup>87</sup>. I behandlingen av denne saken klargjør SD enkelte vurderingsmomenter som må inntas i forholdsmessighetsvurderingen. Særlig vises det til at det må ses hen *”til de historiske utviklingstrekk i termineringsmarkedet, der virkningen for Netcom vurderes opp mot de samlede konkurranseeffekter i markedet, hensynet til forbrukerne (lavere sluttbrukerpriser) og hensynet til effektiv ressursbruk, jf. ekomlovens § 1-1.”*

Departementet konkluderer med å gi Netcom medhold i sin klage, noe som innebærer at Netcom får opprettholde sin termineringspris<sup>88</sup> på 91 øre (Post- og teletilsynets opprinnelige vedtak innebar en reduksjon til 83 øre), mens Telenors termineringspris reduseres fra 73 øre til 65 øre.

### 3.5 Harmonisering i EØS-området

#### 3.5.1 Innledning

I innledningen til forarbeidene i ekomloven fremhever lovgivers ønske om harmonisering av både selve regelverket og anvendelsen av regelverket for elektronisk kommunikasjon i hele EØS-området.. Det presiseres *”at det legges til rette for harmonisering med EU-lovgivningen både gjennom lov/forskrifter og gjennom den løpende forvaltning av regelverket”*<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Long Run Incremental Costs.

<sup>87</sup> Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06.Klage over Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Netcom AS.

<sup>88</sup> Maksimalpris pr. minutt.

<sup>89</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-03), s. 8.

Dette ønsket er særlig begrunnet med hensynet til norske næringsinteresser og da særlig norske virksomheter med aktiviteter i andre EØS-land. Hensynet til harmonisering i EØS-området ivaretas i hovedsak gjennom den såkalte konsultasjonsprosedyren og et felles virkemiddeldokument utarbeidet av European Regulators Group.

### 3.5.2 Konsultasjonsprosedyren – vekten av ESAs uttalelser

Ekomlovens § 9-3 bygger på Rammedirektivets art. 7. Bestemmelsene inneholder to alternative prosedyrer som avviker noe fra hverandre. Første ledd angir når forslag til enkeltvedtak skal konsulteres med ESA og de øvrige EØS-landene. Andre ledd angir i hvilke tilfeller og under hvilke forutsetninger ESA kan kreve at forslag til vedtak trekkes tilbake. Annet ledd kommer til anvendelse når forslag til enkeltvedtak definerer nye markeder eller utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling. ESAs vetorett gjelder med andre ord ikke ved pålegg om særskilte forpliktelser. Her gjelder utelukkende prosedyren etter første ledd.

Det følger av merknaden til § 9-3 i forarbeidene<sup>90</sup> at tilsynsmyndigheten så langt som mulig skal ta hensyn til ESAs kommentarer når vedtak fattes. Dette har sin bakgrunn i kravene rammedirektivet. Etter EØS-avtalen må synspunkter fra ESA ansees som retningsgivende for norske myndigheter. Dette har bl.a. sammenheng med at ESA vil kunne ta ut åpningsbrev dersom det mener at et vedtak er i strid med EØS-avtalen. Det er derfor på det rene at Post og teletilsynets adgang til å utøve skjønn i forbindelse med vedtak om særskilte forpliktelser begrenses som følge av konsultasjonsprosedyren.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-03), s. 100.

<sup>91</sup> Op.cit, s. 60.

### 3.5.3 ERGs virkemiddeldokument

Etter rammedirektivet<sup>92</sup> er de nasjonale tilsynsmyndigheter forpliktet til å forsøke å enes om virkemiddelbruken. Kravene knyttet til pålegg om forpliktelser er nedfelt i artikkel 8 nr. 4 i tilgangsdirektivet. I samsvar med disse forpliktelsene og for å oppnå større grad av enighet om prinsippene for regulering, har European Regulators Group (ERG), bestående av medlemslandene i EU og EU-kommisjonen, utarbeidet en anbefaling om virkemiddelbruk etter rammeverket.<sup>93</sup> PT har også bidratt i dette arbeidet gjennom sin deltakelse i Independent Regulators Group (IRG) og ERG.

Det er grunn til å påpeke at også innenfor dette området varierer vedtak som gjelder pålegg om særskilte forpliktelser etter ekomlovens § 3-4 fra vedtak om definering av relevante markeder (§ 3-2) og utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling etter (§ 3-3). I de to sistnevnte bestemmelser fremgår det i selve lovteksten at myndighetens vedtak skal skje i samsvar med ESAs anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder og retningslinjer for markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling.

Når det gjelder pålegg om særskilte forpliktelser etter § 3-4 er det klart at ERGs virkemiddeldokument ikke er gitt samme autoritative betydning som de to dokumentene som er gitt av ESA.

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at ERG-dokumentet likevel i en viss grad kan innebære føringer på tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse:

*”Tilsynsmyndighetens utvidete kompetanse til å spesialtilpasse forpliktelsene som pålegges tilbydere med sterk markedsstilling i hvert enkelt tilfelle, skal i tillegg vurderes i*

---

<sup>92</sup> Rammedirektivet artikkel 7 nr. 2, 2. setning og artikkel 8 nr. 3 bokstav (d)

<sup>93</sup> ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework, april 2004. Det er også utarbeidet en revidert utgave av dette dokumentet fra mai 2006.

*forhold til felleseuropeiske føringer om hvilke forpliktelser de andre europeiske regulatørene og EU-Kommisjonen anser som best egnet i ulike type tilfeller.”<sup>94</sup>*

Kjernen i ERGs virkemiddeldokument er følgende:

1. PTs vedtak skal begrunnes i samsvar med artikkel 8.4 i tilgangsdirektivet. Dette innebærer at forpliktelsene som pålegges skal være basert på kjernen i problemene som er identifisert forholdsmessige og egnet til å oppnå målene som er nedfelt i rammedirektivets artikkel 8.
2. Hvis duplisering av infrastruktur ikke er mulig eller sannsynlig, skal reguleringen bidra til å skape best mulig tjenestekonkurranse for å ivareta forbrukernes interesser.
3. I markeder der PT vurderer det som sannsynlig at duplisering av infrastruktur vil kunne oppnås over tid, vil PT sørge for at virkemiddelbruken støtter opp under overgangen frem mot et marked med bærekraftig konkurranse.
4. PT skal anvende virkemidlene slik at de gir best mulig incentiver for etterlevelse.”<sup>95</sup>

Det første og fjerde prinsippet gjelder for alle situasjoner der plikter skal pålegges tilbydere med sterk markedsstilling, mens prinsipp 2 og 3 gjelder for to alternative situasjoner.

Selv om ERGs-virkemiddeldokument bygger på rammedirektivets artikkel 7.2, setter det likevel ikke en rettslig bindende grense for PTs diskresjonære kompetanse. ERGs virkemiddeldokument vil bare være relevant å vektlegge i den grad innholdet er i samsvar med eller ligger innenfor det som følger av norsk rett. I den grad det er motstrid mellom ERGs anbefaling og norsk rett, vil det som fremgår av ERG-dokumentet ligge utenfor det PT lovlig kan vektlegge ved sin skjønnsutøvelse. PT har imidlertid pålagt seg selv å følge ERGs anbefalinger gjennom sitt eget virkemiddeldokument.

---

<sup>94</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-03), s. 31.

<sup>95</sup> Jf. PTs virkemiddeldokument.

### 3.6 Ikke-diskriminering, objektivitet og teknologinøytralitet

#### 3.6.1 Rettslig utgangspunkt

I ekomlovens forarbeider er ikke-diskrimineringsprinsippet presisert i forhold til pålegg om plikter for tilbydere med sterk markedsstillinger<sup>96</sup>:

*”Med ikke-diskriminerende menes at forpliktelsene som pålegges skal være like i like tilfeller, hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd.”*

Formuleringen gir få konkrete holdepunkter annet enn et generelt krav til likebehandling av like tilfeller. Dette er naturlig å anta at prinsippet må ses i sammenheng med det EU-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet, som er anerkjent som et generelt rettslig prinsipp EU-retten, og som innebærer et forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet (jf. EØS-artikkel 4).

Forarbeider oppstiller videre et krav om at forpliktelser som pålegges tilbydere med sterk markedsstillinger skal bygge på objektive og saklige kriterier: *”Med objektive og saklige vilkår menes at forpliktelsene ikke kan differensieres alene ut fra hva tilgangen skal brukes til eller i forhold til hvilke tilbydere det dreier seg om.”*<sup>97</sup>

Det må bemerkes at det fremstår som noe underlig at den presiserende formuleringen ser ut til å snevre inn objektivitetsprinsippets anvendelsesområde til utelukkende å gjelde tilgangsforpliktelser, som er en av flere forpliktelser som kan pålegges tilbydere med sterk markedsstilling. Slik objektivitetskravet er utformet i EUs regulatoriske rammeverk tyder

---

<sup>96</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-03), s 101.

<sup>97</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-03), s 101.

dette imidlertid på at det er ment å ha en mer generell anvendelse i forbindelse ved pålegg om særlige plikter for tilbydere med sterk markedsstilling.

Forarbeidene til ekomloven fremhever også et prinsippet om teknologinøytralitet, som har en side til både ikke-diskriminering og objektivitetskravet. Utgangspunktet er at reguleringen ikke skal fremheve en teknologi fremfor en annen.<sup>98</sup> Dette henger sammen med det saklige virkeområdet for loven, jf. § 1-2, der det fremgår at loven omfatter alle typer elektronisk kommunikasjonsteknologi.

Prinsippet om teknologinøytralitet har også sin forankring i EUs rammedirektiv som spesifiserer at "*national regulatory authorities [shall] take the utmost account of the desirability of making regulations technologically neutral*"<sup>99</sup> og videre at reguleringen "*neither imposes nor discriminates in favour of use of a particular type of technology.*"<sup>100</sup>

Det er på det rene at prinsippene om ikke-diskriminering, objektivitet og teknologinøytralitet delvis overlapper hverandre. I en rettskildemessig sammenheng skiller disse prinsippene seg noe fra forholdsmessighetsprinsippet, ved at innholdet i prinsippene i mindre grad er presisert av lovgiver i ekomlovens forarbeider. Det foreligger også i liten grad eksempler på at disse prinsippene i forvaltningspraksis har blitt tillagt vekt i den forstand at de har lagt føringer på tilsynsmyndighetens diskresjonære skjønn etter ekomloven. Imidlertid foreligger det praksis fra EF-domstolen på andre rettsområder som kan bidra til å belyse hvordan disse prinsippene kan få betydning som føring på skjønnsutøvelsen etter ekomloven.

I det følgende vil jeg først gi en samlet behandling av teknologinøytralitet og ikke-diskriminering, dernest vil jeg behandle objektivitetskravet i lys av rettspraksis fra EF-domstolen.

---

<sup>98</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-03), s. 26.

<sup>99</sup> Rammedirektivet art. 8.1, § 2

<sup>100</sup> Rammedirektivets forale, pkt. 18.

### 3.6.2 Teknologinøytralitet og ikke-diskriminering

. Hovedgrunnen til at prinsippet om teknologinøytralitet ble introdusert i ekom-rammeverket er utviklingen i retning av såkalt konvergens av nettverk og teknologier (sammensmeltning av telekommunikasjon, kringkasting og informasjonsteknologi.).<sup>101</sup> I forarbeidene er det presisert at prinsippet om teknologinøytralitet ikke betyr at reguleringen skal praktiseres likt på tvers av teknologier. Nye markeder basert på en ”ny teknologi” kan eksempelvis være svært dynamiske og i rask utvikling, slik at en tilbyder som har en sterk posisjon i markedet på et gitt tidspunkt likevel ikke bør pålegges særskilte forpliktelser, nettopp av hensyn til utviklingen av markedet.<sup>102</sup> I forarbeidene til EUs regulatoriske rammeverk er det lagt vekt på at anvendelsen av prinsippet om teknologinøytralitet ikke skal føre til en mer restriktiv regulering.<sup>103</sup>

Ikke-diskrimineringsprinsippet og prinsippet om teknologinøytralitet overlapper hverandre i kravet om at reguleringen ikke skal diskriminere en type teknologi til fordel for en annen. Prinsippet om teknologinøytralitet kan betraktes som et spesialisert ikke-diskrimineringsprinsipp. Men ikke-diskrimineringsprinsippet kan også gå videre enn prinsippet om teknologinøytralitet fordi det oppstiller et mer vidtrekkende prinsipp om likebehandling, jf. avsnitt ovenfor.

Hvilken praktisk betydning prinsippet om teknologinøytralitet har som føring på tilsynsmyndighetenes skjønnsutøvelse i selve valget av særskilte forpliktelser fremstår som usikkert. Det foreligger ingen konkrete saker der dette har vært et tema. Det kan antas at

---

<sup>101</sup> Valcke, s. 50.

<sup>102</sup> Ot. prp. nr 58 (2002-03), s. 26.

<sup>103</sup> The 1999 Communications Review, Communication from the commission “Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services”, s. 15.



dette prinsippet vil ha mer relevans i forhold til definering av relevante markeder etter ekomlovens § 3-2 og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling etter § 3-3.

### 3.6.3 Nærmere om objektivitetskravet

Objektivitetskravet har en nær sammenheng med både ikke-diskrimineringsprinsippet og prinsippet om teknologinøytralitet. Objektivitetskravet kan på en måte betraktes som det modifierende elementet i ikke-diskrimineringsprinsippet; Utgangspunktet er at all forskjellsbehandling er forbudt, unntaket er der hvor det foreligger *objektive* og *saklige* grunner. Derfor er det vanlig å innfortolke et alminnelig saklighetskrav i diskrimineringsforbudet.<sup>104</sup> Et første øyekast på merknaden i ekomlovens forarbeider tyder sågar på at innholdet i objektivitetskravet ikke tilfører noe som føring på tilsynsmyndighetens skjønnsutøvelse, utover det som følger av prinsippet om teknologinøytralitet og ikke-diskriminering. Spørsmålet i det følgende blir om objektivitetskravet også innbefatter noe mer og inneholder andre krav enn det som følger av de andre prinsippene. Det faktum at objektivitetskravet er nevnt eksplisitt flere ganger i EU-direktivene er en indikasjon på at en slik tolkning kan ha noe for seg.

To avgjørelser fra EF-domstolen kan bidra til å belyse innholdet i objektivitetskravet nærmere. Den første er den såkalte *Analir-saken* som gjaldt en konsesjonsordning for havgående transport. Her uttalte EF-domstolen følgende:

*“Therefore, if a prior administrative authorisation scheme is to be justified even though it derogates from a fundamental freedom, it must, in any event, be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily.”*<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> EØS-rett, s. 267-68.

<sup>105</sup> Sak C-205/99 *Analir*, premiss 38.

Det stilles her opp et krav til at forvaltningens adgang til å foreta skjønnsmessige vurderinger må spesifiseres og begrenses gjennom objektive og ikke-diskriminerende kriterier som er kjent på forhånd av de berørte parter, for å unngå en for egenrådlig bruk av den diskresjonære kompetansen.

En senere avgjørelse, *Kommisjonen mot Frankrike (ELF)*, bidrar ytterligere til å klargjøre objektivitetskravet. Her gjaldt saken en ”golden share” ordning som gav den franske økonomiminister diskresjonær kompetanse til å godkjenne, eller nekte å godkjenne kjøp av aksjer i det franske energiselskap ELF. Domstolen kom til at denne konkrete ordningen ikke var i samsvar med traktatretten fordi rammene for den utøvende makts inngrepskompetanse ikke var angitt med tilstrekkelig presisjon. EF-domstolen la til grunn rettssetningen i *Analir-saken*: “*Such a scheme must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned.*”<sup>106</sup>

Men begrunnelsen for kravet om presisering av kompetansegrunnlaget var mer vidtrekkende:

*“The investors concerned are given no indication whatever as to the specific, objective circumstances in which prior authorisation will be granted or refused. Such lack of precision does not enable individuals to be apprised of the extent of their rights and obligations deriving from Article 73b of the Treaty. That being so, such a system must be regarded as contrary to the principle of legal certainty.”*<sup>107</sup> Domstolen viser både til at manglende presisjon ikke gjør det mulig for individene å underrette seg om sine egne rettigheter og plikter, og at ordningen dermed er i strid med prinsippet om *rettssikkerhet*.

EF-domstolens to ovenfor nevnte avgjørelser vil kunne ha betydning i forhold til ekomlovens regler om pålegg om særlige plikter på tilbydere med sterk markedsstilling. Et spørsmål som kan reises er om hensynet til rettsikkerhet og forutberegnlighet for aktørene

---

<sup>106</sup> Sak C-483/99 *Kommisjonen mot Frankrike (ELF)*, premiss 46 og 50

<sup>107</sup> Sak C-483/99, *Kommisjonen mot Frankrike (ELF)*, premiss 50.

er tilstrekkelig ivaretatt gjennom implementeringen og dagens praktisering av ekomregelverket. Objektivitetskravet slik det er utformet av EF-domstolen taler for at kompetansegrunnlaget for tilsynsmyndigheten bør være presist utformet av lovgiver. Det er ikke en oppgave for tilsynsmyndigheten selv å presisere sitt eget kompetansegrunnlag slik som til en viss grad er tilfellet etter dagens ekom-regime.<sup>108</sup> Dette er en oppgave for den nasjonale lovgiver. Jeg vil komme nærmere inn på hensynet til forutberegnlighet i min de lege ferenda drøfting under kapittel 4.

### 3.7 Oppsummering

Gjennomgangen ovenfor viser at føringene som er gitt i ekomlovens forarbeider og EU-rettslige prinsipper på flere områder medfører en klar begrensning i tilsynsmyndighetenes diskresjonære skjønn. Særlig gjelder dette formålsbestemmelsene og forholdsmessighetsprinsippet. Formålsbestemmelsene bidrar til å angi en retning og skape legitimitet for tilsynsmyndighetens virksomhet generelt og kanskje spesielt i forbindelse med valg av virkemidler for tilbydere med sterk markedsstilling. Men både den norske og EUs formålsbestemmelse mangler i stor grad koherens. Eksempelvis vil målene som anvises vil i flere tilfeller kunne være motstridende. Forholdsmessighetsprinsippet setter en rettslig yttergrense for hvilke forpliktelser som kan pålegges. For de andre føringene og prinsippene som er gjennomgått fremstår det som mer uklart i hvilken grad disse de facto fører til reelle og presise begrensninger i Post- og teletilsynets diskresjonære skjønn. De normative føringene har sin klare forankring i ekomloven, forarbeidene, EUs regulatoriske rammeverk og EU-retten, men spørsmålet er om de er tilstrekkelig presist utformet til at de får praktisk betydning for tilsynsmyndighetene i selve skjønnsutøvelsen, og for aktørene når de forsøker å forutberegne sin rettstilling. Konklusjonen er at på tross av de føringene som er gitt på skjønnsutøvelsen, har tilsynsmyndigheten fortsatt en vid skjønnsmargin ved pålegg om særlige plikter på tilbydere med sterk markedsstilling.

---

<sup>108</sup> Jf. PTs selvpålagte prinsippdokument for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling.

## 4 Rettspolitiske vurderinger

I dette avsluttende kapitlet vil jeg med utgangspunkt i dagens lovgivning og praksis, som presentert i kapittel 3, drøfte de lege ferenda i hvilken grad det nåværende reguleringsregimet har funnet den ” *riktig (e) balanse mellom rettssikkerhet/ forutsigbarhet for aktørene og nødvendig fleksibilitet for reguleringsmyndighetene.* ”<sup>109</sup>

For å ta det siste først: Et viktig bakgrunnstykke for den nåværende lovgivningen var nettopp hensynet til reguleringsmyndighetenes behov for fleksibilitet i møte med den raske teknologiske og markedsmessige utviklingen som skjer i elektronisk kommunikasjonssektoren. Det faktum at reguleringsmyndighetene ble tillagt stor grad av diskresjonær skjønnsmyndighet, bl.a. ved valg av virkemidler for tilbydere med sterk markedsstilling, var et sentralt element i denne ønskede fleksibiliteten. Det nye rammeverket skulle sette opp noen grunnleggende regler, prinsipper og mål, og supplere disse med ikke-bindende tiltak som anbefalinger og veiledere.<sup>110</sup> Tanken var at et mer fleksibelt reguleringsregime ville gjøre det mulig for tilsynsmyndigheten å i større grad tilpasse reguleringen til de konkrete behovene i det konkrete markedet. Som jeg oppsummerte under 3.7 er dette målet i stor grad oppnådd i forhold til valg av virkemidler: Tilsynsmyndigheten har en vid liste av ulike virkemidler å velge mellom og stor grad fleksibilitet til å bruke virkemidlene. Dette legger et godt grunnlag for en effektiv og samfunnstjenlig virkemiddelbruk, som kan bidra til oppfyllelse av målene med den sektorspesifikke reguleringen.

---

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-03), s 24.

<sup>110</sup> Jf. 1999 Communications Review, s. 12.

Men det er samtidig viktig å sikre seg mot at det diskresjonære skjønnets ikke fører til vilkårlighet i avgjørelsene. Innenfor elektronisk kommunikasjons-sektoren er hensynet til rettsikkerhet og forutberegnlighet særlig viktig. Med tanke på de betydelige investeringene som er nødvendig for å operere i denne sektoren kan opplevelsen av et uforutsigbart reguleringsregime være avgjørende for at nye aktører ikke finner det attraktivt å etablere seg i markedet. Aktørene må kunne ta sine investeringsbeslutninger med en viss grad av sikkerhet for hvilke rammebetingelser fremtiden vil bringe.

Dette poenget er også tydelig understreket i forarbeidene til ekomloven:

*”I en markedsøkonomi er det en grunnleggende forutsetning at investor tar den nødvendige risiko ved å etablere seg i et marked. Det er viktig at forholdene rundt eiendomsretten til investeringen er så avklart som mulig. Dess større sikkerhet det er rundt denne, dess større blir investeringsviljen og innovasjonen. Like fullt må aktører i et marked kalkulere med at staten stimulerer til økt konkurranse også etter at en investeringsbeslutning er tatt. Det er imidlertid avgjørende å lage et reguleringsregime som verdsetter investeringsvilje og reflekterer balansen mellom risiko og gevinst i et lengre tidsperspektiv.”<sup>111</sup>*

Et eksempel fra forvaltningspraksis vedrørende reguleringen av termineringspriser i mobilnettet (marked 16), kan synliggjøre hvorfor dagens lovgivning kan være problematisk i forhold til aktørenes behov for forutberegnlighet. Utgangspunktet i norsk praksis har vært en assymetrisk regulering av termineringsprisene. Dette har gitt seg utslag i at den største aktøren, Telenor, har blitt pålagt et lavere pristak (og dermed en strengere regulering) enn de andre tilbyderne med sterk markedsstilling. Dette ble opprettholdt i Post- og teletilsynets vedtak i september 2005.<sup>112</sup> Post- og teletilsynet foreslo å redusere termineringsprisen fra 73 øre til 65 øre for Telenor, og fra 91 øre til 83 øre for Netcom. Resultatet av Samferdselsdepartementets klagesaksbehandling i april 2006 innebar at Telenors priser ble

---

<sup>111</sup> Ot.prp. nr 58 (2002-2003), s 163-165.

<sup>112</sup> Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Telenor ASA og Netcom AS.

reduisert i tråd med PTs vedtak<sup>113</sup>, mens Netcom fikk medhold i klagen og kunne dermed opprettholde sine termineringspriser.<sup>114</sup> Asymmetrien ble dermed forsterket etter dette: Netcoms termineringspriser fra 1. juli 2006 har vært på 91 øre, mens Telenors termineringspriser har vært på 65 øre.

De ovenfor nevnte prisreguleringsvedtakene var basert prinsippene om kostnadsorientering med utgangspunkt i et kostnadsregnskap basert på fullfordelte historiske kostnader. PT har imidlertid valgt å endre metode for fastsettelse av kostnadsgrunnlaget til den såkalte LRIC-modellen (Long Run Incremental Cost), som er en ny og mer fremadskuende modell. Denne nye modellen har vist at det ikke er signifikante kostnadsforskjeller mellom tilbyderne med sterk markedsstilling i mobil-termineringsmarkedet.

På bakgrunn av dette sendte Post- og teletilsynet ut varsel om nytt vedtak om pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for mobil-terminering i desember 2006<sup>115</sup>, der PT henviser til resultatene av LRIC-modelleringen og konkluderer med at *”Forskjellene er etter PTs mening ikke tilstrekkelig store til at asymmetrisk regulering bør opprettholdes over tid. Prisreguleringen for Telenor og NetCom er derfor utformet med henblikk på at symmetriske priser skal oppnås så raskt som mulig...”* Helt konkret betyr dette innføring av lik termineringspris på 60 øre for begge operatører fra 1. juli 2008. I vedtaket estimerer Post- og teletilsynet de negative resultateffektene av vedtaket for Netcom på i underkant av 500 mill. NOK. I sine kommentarer til vedtaket hevder Netcom at effekten er langt høyere enn det som legges til grunn av PT.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Klage over Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Telenor ASA. Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06.

<sup>114</sup> Klage over Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Netcom AS. Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06.

<sup>115</sup> Varsel om vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 16), 6. desember 2006.

<sup>116</sup> Varsel om vedtak i marked 16 – kommentarer fra Netcom, 22. jan. 2007.

Uten å gå inn i diskusjonen om valg av prismodell, er det lite tvilsomt at den foreslåtte endringen medfører en forholdsvis vesentlig endring i rammebetingelsene for aktørene. Mitt hovedpoeng er at når det skjer en så omfattende endring av reguleringen i løpet av så kort tid, må det kunne stilles spørsmål med hvorvidt aktørenes forutberegnlighet er ivaretatt godt nok i dagens regelverk.

Også i den pågående diskusjonen om EUs rammeverk er det hevdet fra flere hold at en svakhet med dagens regime er at det ikke i tilstrekkelig grad ivaretar rettsikkerhets-hensynet. *Alexandre de Streel*<sup>117</sup> hevder at på det nåværende stadium har bruken av EUs regulatoriske rammeverk ikke ført til rettsikkerhet fordi operatørene ikke er tilstrekkelig sikker på om og hvordan de vil bli regulert. Han etterlyser en klar regulatorisk strategi der to fundamentale spørsmål avklares:

- Skal tilsynsmyndigheten aktivt fremme at nye aktører går inn i markedet eller kun hindre misbruk av sterk markedsstilling?
- Skal tilsynsmyndigheten fremme infrastruktur-konkurranse eller tjenestekonkurranse?

*De Streel* viser til at det argumenteres (eksempelvis i ERGs anbefaling) at det ikke er noen konflikt mellom de to konkurransetypene når tidsdimensjonen tas i betraktning. Med utgangspunkt i den såkalte "ladder of investment"-teorien,<sup>118</sup> er poenget at tilsynsmyndighetene skal sørge for incentiver for konkurrentene til å forsøke å tilgang til de forhenværende monopolistenes infrastruktur på kort sikt og deretter bygge opp sin egen infrastruktur på lang sikt. *De Streel* mener at denne teorien ikke er like enkel å anvende i

---

<sup>117</sup> de Streel, s. 141 flg.

<sup>118</sup> "Ladder of investment"-teorien formoder at nye aktører vil finne det lettere å konkurrere initielt på tjenester som krever relativt begrensede infrastruktur investeringer og at over tid – når de lykkes som tjenesteleverandører – vil de begynne å investere i infrastruktur som setter de i stand til å konkurrere mer effektivt med "the incumbent" (les: de forhenværende monopolistene) på et videre tjenestespekter og dermed redusere sin avhengighet av "the incumbent's" nettverk. Se her "An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector", Report to The European Commission by London Economics in association with PricewaterhouseCoopers, Juli 2006.

praksis, at teorien delvis er basert på en falsk antagelse om at en nasjonal tilsynsmyndighet kan detaljstyre elektronisk kommunikasjons-bransjen. Han mener mangelen på en klar regulatorisk strategi er spesielt ødeleggende for fremvoksende markeder. De Streels konklusjon er;

*“Policymakers should state their regulatory strategy more clearly by deciding on the difficult political choice between infrastructure competition and service competition, as well as clarifying whether sector regulation should, and for how long, actively promote entry. If possible, this strategy should show how and when the deregulation of the sector would happen. In particular, clarifications regarding the status of emerging markets are urgently needed.”*

Overført til norske forhold taler dette for at den nasjonale lovgiver må komme på banen. Når det er sagt, må det presiseres at det også finnes klare hensyn som taler mot en for stor innskrenking av tilsynsmyndighetens fleksibilitet og valgfrihet. Behovet for fleksibilitet for tilsynsmyndigheten har siden ekom-regelverket ble vedtatt ikke blitt redusert. Utviklingen av nye konvergente tjenester går raskt og kan utløse regulatoriske behov som det kan være vanskelig for lovgiver å forutse. Problemet med presise og relativt detaljerte regler er at de blir raskere utdatert, og dermed kan det bli nødvendig med hyppigere endringer i selve regelverket. Dette kan de facto også bidra til å underminere den rettslige forutberegnligheten i enda større grad enn et vidt diskresjonært skjønn.

Likefullt kan det være rom for å presisere regelverket knyttet til pålegg om særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling. Dette anerkjennes delvis av EU-Kommisjonen i forbindelse med revideringen av det regulatoriske rammeverket for elektronisk kommunikasjon:

*“...the Commission considers that the principles and flexible tools in the regulatory framework, when applied fully and effectively, offer the most appropriate means of encouraging investment, innovation and market development. There is nevertheless room*



*for the Commission and NRAs to provide guidance on how the rules should be applied, so as to increase predictability for stakeholders.”<sup>119</sup>*

Spørsmålet er om det er tilstrekkelig å overlate det til forvaltningen å sikre forutberegnlighet for interessentene. Etter min oppfatning er dette mer en oppgave for den nasjonale lovgiver, jf. kap. 3.6 der jeg behandler det EU-rettslige objektivitetskravet. Etter ekomlovens § 3-4 fjerde ledd er Samferdselsdepartementet tillagt delegert lovgivningsmyndighet til å ”gi forskrifter om plikter som pålegges tilbyder med sterk markedsstilling”.<sup>120</sup> Som jeg har vist gjennom denne oppgaven kan det være nødvendig at Samferdselsdepartementet benytter denne forskriftshjemmelen til å presisere Post- og teletilsynets kompetansegrunnlag i forbindelse med pålegg om særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling, og derigjennom bidrar til økt forutberegnlighet og investeringsvilje for aktørene i elektronisk kommunikasjonssektoren.

---

<sup>119</sup> Communication from the Commission on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services (29.6.2006), s. 6.

<sup>120</sup> Jf. Forskrift vedrørende funksjonsfordeling innen myndigheten etter lov om elektronisk kommunikasjon 2003-07-04 nr 881.

## **5 Register og litteraturliste**

### **5.1 Register**

#### **5.1.1 Lov og forskrift**

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. 22. november 1992 nr. 109.

1995 Lov om telekommunikasjon av 23. juni 1995 nr. 39.

2003 Lov om elektronisk kommunikasjon av 7. juli 2003 nr. 83.

2003 Forskrift vedrørende funksjonsfordeling innen myndigheten etter lov om elektronisk kommunikasjon 2003-07-04 nr 881.

#### **5.1.2 Forarbeider**

Ot. prp. nr 58 2002-2002 ”Om lov om elektronisk kommunikasjon”

Inst.O. nr 121 2002-2003.

### 5.1.3 EØS-avtalen, EØS-/EU-rettslig sekundærlovgivning og forarbeider

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet 2. mai 1992.

EF/Rdir 02/19 EØF Directive on Access and Interconnection

EF/Rdir 02/20 EØF Directive on the authorisation of electronic communications networks and services.

EP/Rdir 02/21 EØF Directive on a common regulatory framework

EF/Rdir 02/22 EØF Directive on Universal Service and User's Rights

The 1999 Communications Review, Communication from the commission "Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services".

Communication from the Commission on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, 29.6.2006.

### 5.1.4 Rettspraksis fra EF-domstolen

Sak 66/82 - Fromançais SA v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles.

Sak C-205/99 - *Analir*.

Sak C-483/99 - *Kommisjonen mot Frankrike (ELF)*.

### 5.1.5 Forvaltningsavgjørelser

Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Telenor ASA.

Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Netcom AS.

Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06. Klage over Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Netcom AS.

Samferdselsdepartementets vedtak 20.04.06. Klage over Post- og teletilsynets vedtak 19.09.05 om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i mobilnettet fra Telenor ASA.

Samferdselsdepartementets vedtak 06.10.06. Klage fra Telenor ASA på Post – og teletilsynets vedtak 20.02.06 i marked 11.

Varsel om vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 16), 6. desember 2006.

### 5.1.6 Øvrige dokumenter

#### ESA-uttalelser:

Case 58296 Voice call termination on individual mobile networks. Comments pursuant to Article 7 (3) of Directive 2002/21/EC. 6. September 2005.

### Anbefalinger og veiledere

EFTA Surveillance Authority Recommendation of 14 July 2004 on relevant product and service markets within the electronic communications sector.

EFTA Surveillance Authority Guidelines of 14 July 2004, on market analysis and the assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks and services.

Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, Final Version May 2006.

Post- og teletilsynets virkemiddeldokument, ”Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling”, 14. oktober 2004.

## 5.2 Litteraturliste

### **Backer**

Inge Lorange Backer  
Innføring i naturressurs- og miljørett, 4. utgave.  
Oslo, Gyldendal Norsk Forlag, 2002.

### **Craig/de Búrca**

Paul Craig and Gráinne de Búrca  
EU Law, Third edition  
New York, Oxford University Press, 2003.

### **de Streel**

Alexandre de Streel  
“A First Assessment of the New European Regulatory Framework for Electronic Communications.”  
Artikkel i “Communications & Strategies, no. 58, 2nd quarter 2005, s. 141 flg.

<b>Eckhoff</b>	Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen Rettskildelære, 4. utgave Oslo, Tano Aschehoug, 1997.
<b>Eckhoff/Smith</b>	Torstein Eckhoff og Eivind Smith Forvaltningsrett, 7. utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2003.
<b>EØS-rett</b>	Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad EØS-rett, 2. utgave Oslo, Universitetsforlaget, 2004.
<b>Graver</b>	Hans Petter Graver Alminnelig forvaltningsrett, 2. utgave Oslo, Universitetsforlaget, 2002
<b>Syrstad</b>	Helge Syrstad “EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett - en oversikt” Artikkel i Jussens venner, 2003.
<b>Valcke</b>	Peggy Valcke, Robert Queck og Eva Lievens EU Communications Law Northampton, Edward Elger, 2005.
<b>Walden/Angel</b>	Ian Walden and John Angel Telecommunications Law and Regulation, Second Edition Oxford University Press, 2005.